

VU Research Portal

De rol van de notaris in echtscheidingsprocedures

Salomons, F.R.

published in

Het nieuwe scheidingsrecht; Ouderschapsplan, positie van het kind, regierechter en collaborative divorce 2010

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Salomons, F. R. (2010). De rol van de notaris in echtscheidingsprocedures. In M. V. Antokolskaia, & L. M. Coenraad (Eds.), *Het nieuwe scheidingsrecht; Ouderschapsplan, positie van het kind, regierechter en collaborative divorce* (pp. 67-80). BJu.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De rol van de notaris in echtscheidingsprocedures

Frits Salomons

1 Inleiding

Een kersverse hoogleraar notarieel recht kan zich het best beperken tot niet al te moeilijke onderwerpen. Dat zal mijn collega Antokolskaia gedacht hebben toen zij mij voorstelde om een bijdrage te leveren aan deze bundel. En inderdaad: de notaris speelt thans geen rol in de echtscheidingsprocedure. De vraag is echter: komt daar verandering in? Die vraag is gewettigd, nu een wetsvoorstel in de Tweede Kamer ligt waarbij de notaris bevoegd wordt gemaakt tot het indienen van gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap (wetsvoorstel 31 714).¹

Het wetsvoorstel is aangekondigd in maart 2007, kort na de (eerste) plenaire behandeling van het Wetsvoorstel bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding. De minister wilde kennelijk 'iets' doen aan de echtscheidingsprocedure, ook al was dat veel minder dan het parlement, waar zoals bekend de wens leefde om te komen tot een administratieve scheiding.

2 Domeinmonopolie

Vanuit wetenschappelijk oogpunt zijn de voorstellen interessant, omdat zij raken aan het domeinmonopolie van *twee* juridische beroepsgroepen: advocatuur en notariaat. Vanuit rechtseconomisch perspectief plegen vraagtekens te worden gezet bij domeinmonopolies. Als de wetgever een monopolie creëert of in stand houdt,

¹ Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met verlening aan de notaris van bevoegdheden in verband met gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 714, nr. 1-5).

dient daarvoor een deugdelijke rechtvaardiging aanwezig te zijn.² En hoewel de meest geprononceerde fase van het marktdenken inmiddels wat gepasseerd lijkt te zijn, betoogden nog onlangs Baarsma & De Jonge dat de noodzaak van het procesmonopolie van de advocatuur niet vaststaat.³ Het monopolie heeft behalve voordelen namelijk belangrijke economische nadelen in de vorm van hogere kosten en – aldus deze auteurs – gebrek aan innovatie.

In het notariaat wordt het eigen domeinmonopolie terecht gekoesterd.⁴ Bij wijze van voorbeeld noem ik de discussie over de vraag of oprichting van rechtspersonen in alle gevallen notariële tussenkomst vergt. Een pleidooi van VNO-NCW om openbare vennootschappen – die grofweg overeenkomen met wat thans nog vennootschappen onder firma zijn – ook zonder de notaris rechtspersoonlijkheid te laten krijgen, vindt van notariële zijde bepaald geen weerklank.⁵ Ook kan gedacht worden aan de kwestie of de notaris niet pas bij de levering van woningen, maar reeds bij de koopovereenkomst moet worden ingeschakeld.⁶

Het wetsvoorstel dat hier centraal staat, knabbelt aan een ander domeinmonopolie: dat van de advocatuur. In Nederland lijkt brede consensus te bestaan dat advocaten op bepaalde terreinen een procesmonopolie dienen te hebben.⁷ Die consensus neemt echter niet weg dat een monopolie nooit vanzelf spreekt. Naar mijn mening rust daarom op degene die het monopolie inroept, steeds de 'bewijslast' dat het monopolie op zijn plaats is.

2 Vergelijkbare overwegingen zijn te lezen op p. 43 van het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt (commissie-Hammerstein) in haar rapport *Het beste van twee werelden* (2005): 'Voor overheidsingrijpen in een markt dient een voldoende rechtvaardiging te bestaan die is toegesneden op de aard van de problematiek. De overheid stelt zich ten doel de publieke belangen te borgen. Er is sprake van publieke belangen indien de overheid zich de behartiging van maatschappelijke belangen aantrekt, in de overtuiging dat deze belangen anders niet goed tot hun recht komen. Daarbij is mogelijk dat private partijen met de uitvoering van overheidszorg belast worden.'

3 B.E. Baarsma & P.C. de Jonge, 'De noodzaak van het procesmonopolie staat niet vast,' *NJB* 2009, p. 484-490.

4 B.C.M. Waaijer, *De Notarischwet*, Deventer: Kluwer 2003, p. 15. e.v., die het belang van de notaris voor de rechtszekerheid in het civielrechtelijke rechtsverkeer vooropstelt.

5 Zie de reactie van de Gemengde commissie vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie d.d. 24 december 2008 op een 'brandbrief' van MKB-Nederland en VNO-NCW 11 oktober 2008, te vinden op de website van de commissie (<www.notaris.nl/subsites/commissie/adviezen.htm>).

6 Hiervoor is gepleit door de commissie-Hammerstein (zie noot 2). Naar aanleiding van een binnenkort te verschijnen evaluatieonderzoek over de werking van de verplichting om een consumentenkoop m.b.t. een woning schriftelijk aan te gaan (art. 7:2 BW), zal de regering zich daarop nogmaals beraden. Vgl. A.A. van Velten, *Klik zei de muis en weg was het huis* (afscheidsrede VU), *Ars Notariatus* 142, Deventer: Kluwer 2009, p. 21-22.

7 In het MDW-rapport van de interdepartementale werkgroep 'domeinmonopolie advocatuur' (1995) is, uitgaande van de noodzaak van verplichte procesvertegenwoordiging in bepaalde zaken, besproken dat ook juristen in dienstbetrekking in deze zaken zouden moeten kunnen procederen voor hun werkgever. Dit heeft niet geleid tot beperking van het domeinmonopolie van de advocatuur, maar tot de mogelijkheid voor deze juristen om toe te treden tot de advocatuur.

3 De inhoud van het wetsvoorstel

Alvorens in te gaan op de vraag waarom de notaris een rol moet krijgen in de echtscheidingsprocedure, loop ik eerst de aangekondigde wijzigingen langs. Het gaat om wijziging van drie bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

In de eerste plaats wordt artikel 815 Rv, over het verzoekschrift in scheidingszaken, aangevuld met een achtste lid. De tekst daarvan luidt:

‘8 Indien het een gemeenschappelijk verzoek betreft en de echtgenoten niet gehouden zijn een ouderschapsplan over te leggen ingevolge het tweede lid, kan het verzoekschrift, behalve door een advocaat, ook worden ondertekend en ingediend door een notaris. In dat geval geldt diens kantoor als de gekozen woonplaats van de verzoekers.’

Het is dus de bedoeling dat de notaris als procesvertegenwoordiger van beide echtgenoten een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding zal kunnen ondertekenen en indienen *in plaats van* een advocaat. De uitbreiding geldt niet als de echtgenoten gezamenlijk minderjarige kinderen hebben of als er minderjarige kinderen zijn waarover zij ingevolge artikel 1:253sa of 1:253t BW het gezag gezamenlijk uitoefenen. Ten aanzien van deze kinderen zal immers een ouderschapsplan moeten worden overgelegd. Op die beperking kom ik hierna nog terug.

Daarnaast ziet het voorgestelde artikel 815 lid 8 Rv blijkens het opschrift van paragraaf 1 van afdeling 3.6.2 Rv ook op het indienen van gemeenschappelijke verzoeken tot scheiding van tafel en bed en op gemeenschappelijke verzoeken tot ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, voor zover daarbij geen ouderschapsplan behoeft te worden overgelegd. Vreemd genoeg vloeit uit artikel 815 lid 2 Rv voort dat in voorkomende gevallen niet alleen bij het verzoek tot scheiding van tafel en bed maar ook bij het verzoek tot ontbinding een ouderschapsplan dient te worden overgelegd. Dat laatste is wel een beetje vreemd, aangezien de echtgenoten dan reeds in het kader van de scheiding van tafel en bed een ouderschapsplan hebben moeten opstellen. Vermoedelijk zal de rechter in de praktijk soepel omgaan met deze eis.⁸

Schaafsma-Beversluis merkt met betrekking tot het als gekozen woonplaats gelden van het kantoor van de notaris op, dat de griffie erop ingericht zal moeten zijn dat alle stukken en oproepen naar de notaris moeten worden gezonden en daartoe zal moeten beschikken over een lijst van alle notarissen, zoals zij nu beschikt over een lijst van alle Nederlandse advocaten.⁹ Of dat nodig is, betwijfel ik: verzoek-

8 Zie Rb. Zutphen 2 september 2009, LJN BJ6594, waar de rechtbank overwoog dat per zaak zal dienen te worden beoordeeld in hoeverre aan deze eis afzonderlijke betekenis toekomt bij een verzoek tot ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed. In die zaak achtte de rechtbank overlegging van een ouderschapsplan niet nodig.

9 E.L. Schaafsma-Beversluis, ‘Het verlenen van beperkte procesbevoegdheid aan de notaris in verband met gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap,’ *WPNR* 2009, p. 461 e.v.

schriften plegen immers steeds ook het adres te vermelden van degene die het voor de verzoeker(s) indient.¹⁰

De tweede toevoeging vinden wij in artikel 818 Rv, dat betrekking heeft op de behandeling ter zitting. Hier wordt een zevende lid opgenomen, waarvan de tekst als volgt luidt:

‘7 In afwijking van artikel 279, derde lid, kunnen, indien het verzoekschrift overeenkomstig artikel 815, achtste lid, is ingediend door een notaris, de verzoekers bij notaris verschijnen en kan de notaris ook hun raadsman zijn.’

Mondelinge behandelingen zullen in deze gevallen meestal niet plaatsvinden. Aanvankelijk wilde de minister de notaris slechts bevoegd maken als partijen zouden afzien van een mondelinge behandeling.¹¹ Maar omdat de rechter – indien hij dat nodig acht – altijd een mondelinge behandeling kan gelasten, is het nodig om met die (uitzonderlijke) mogelijkheid rekening te houden. Volgens de toelichting gaat het dan niet om het toelichten van verschil van opvatting, maar om ‘het geven van nadere inlichtingen omtrent het gemeenschappelijke standpunt’.¹² Uit de formulering dat partijen ‘bij notaris’ kunnen verschijnen, valt af te leiden dat deze notaris ook een andere notaris kan zijn dan de notaris die het verzoek heeft ingediend (bijvoorbeeld een kantoorgenoot). Dat zo zijnde, kan de vraag gesteld worden waarom partijen niet ook ‘bij notaris’ mogen verschijnen als het gemeenschappelijk verzoek niet door een notaris is ingediend maar door een advocaat (die ook een kantoorgenoot kan zijn).

Ten derde wordt artikel 821 lid 5 Rv aangevuld, dat betrekking heeft op voorlopige voorzieningen. De aanvulling luidt als volgt:

‘Indien de voorlopige voorzieningen bij gemeenschappelijk verzoekschrift zijn gevraagd, zijn de artikelen 815, achtste lid, en 818, zevende lid, van overeenkomstige toepassing.’

Een verzoekschrift, houdende een gemeenschappelijk verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen, kan derhalve worden ondertekend en ingediend door een notaris en de echtgenoten kunnen in dat geval ook bij notaris ter zitting ver-

10 In zaken waar indiening niet door een advocaat hoeft te geschieden, ligt m.i. in art. 280 j° 80 lid 4 Rv de verplichting besloten om adresgegevens van de gemachtigde te vermelden. Volgens bijlage 1 bij het bij de rechtbanken geldende ‘Procesreglement Scheiding’ wordt het verzoekschrift bij gebreke van adresgegevens van de advocaat aan verzoekers geretourneerd. Anders dan van advocaten (waarvan de gegevens voor de gerechten online beschikbaar zijn, art. 8 lid 1 tweede zin Advocatenwet), zal de rechtbank van een notaris misschien wat minder eenvoudig kunnen vaststellen of diens bevoegdheid ontbreekt als gevolg van een schorsing door de tuchtrechter. Wel is dit te vinden in het register dat in elk arrondissement wordt gehouden door de kamer van toezicht (art. 5 lid 4 Wet op het notarisambt). In de praktijk zullen hier vermoedelijk niet snel moeilijkheden ontstaan.

11 Brief van de minister van Justitie van 28 maart 2007, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 9, p. 1.

12 MvT: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 714, nr. 3, p. 1-2.

schijnen of zich door een notaris als raadsman terzijde laten staan. Het is natuurlijk de vraag of een gemeenschappelijk verzoek zich wel leent voor het vragen van voorlopige voorzieningen, nu die immers bij uitstek bedoeld zijn voor situaties dat partijen daarover niet tot overeenstemming kunnen komen. De memorie van toelichting gaat op die vraag niet in. De minister beperkt zich tot de vaststelling dat voorlopige voorzieningen ‘volgens de wet’ ook kunnen worden gevraagd bij gemeenschappelijke scheidingsverzoeken en dat ‘daarom voor dit geval’ ook wordt voorzien in notariële bijstand.¹³ Ik ga ervan uit dat het zowel kan gaan om voorlopige voorzieningen die gevraagd worden in het gemeenschappelijk verzoekschrift waarin de scheiding verzocht wordt, als in een afzonderlijk tevoren of nadien ingediend gemeenschappelijk verzoekschrift. Voorts zal de notaris ook bevoegd zijn – zo vermeldt de memorie van toelichting – tot het ondertekenen en indienen van gemeenschappelijke verzoeken tot wijziging van voorlopige voorzieningen (art. 824 lid 2 Rv) en gemeenschappelijke verzoeken tot het treffen van nevenvoorzieningen (art. 827 Rv). Op de vraag welke voorlopige voorzieningen de echtgenoten gezamenlijk zouden willen verzoeken, kom ik hierna nog terug.

Om nog een theoretische mogelijkheid aan de orde te stellen: is de notaris bevoegd tot het instellen van rechtsmiddelen? Daarover wordt in het wetsvoorstel niets geregeld. De notaris heeft in hoger beroep (art. 359 Rv) en in cassatie (art. 426a Rv) géén bevoegdheid om op te treden als procesvertegenwoordiger of raadsman.¹⁴

4 Argumenten van de regering

De minister stelt voorop dat hij waardering heeft voor de rol van de gespecialiseerde familierechtadvocatuur in scheidingszaken. ‘Maar dit is’, zo vermeldt de memorie van toelichting op p. 2, ‘niet voldoende reden om de notaris van het verlenen van deze dienst uit te sluiten.’ Daarnaast noemt de minister een viertal overwegingen op grond waarvan deze bevoegdheid zonder bezwaar aan de notaris kan worden toegekend:

1. Als er geen minderjarige kinderen zijn voor wie een ouderschapsplan aan de orde is, zullen echtgenoten *alleen de vermogensrechtelijke aspecten* van hun scheiding moeten regelen. In een aantal gevallen zullen zij dan toch al bij de notaris terecht komen, met name als sprake is van een eigen woning, in verband met de verkoop of de toedeling aan één van hen, dan wel als het echtscheidingsconvenant wordt vastgelegd in een notariële akte (als executoriale titel).¹⁵ In deze gevallen zullen echtgenoten die het over alles al eens zijn, het als onnodig ervaren dat zij ook nog een advocaat moeten inschakelen. De verplichte inschakeling van een advocaat als procesvertegenwoordiger heeft in deze gevallen volgens de minister onvoldoende toegevoegde waarde en wordt, ook met het oog op de kosten, door betrokkenen niet zelden alleen maar als belastend ervaren. Doordat in deze gevallen geen advocaat hoeft te worden ingeschakeld, wordt de procedure vereenvoudigd.

¹³ MvT: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 714, nr. 3, p. 5.

¹⁴ Zo ook Schaafsma-Beversluis 2009.

¹⁵ MvT: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 714, nr. 3, p. 3. Overigens is notariële tussenkomst bij de verkoop of de toedeling van de woning (nog?) niet vereist en doelt de minister veeleer op de ter uitvoering daarvan vereiste levering (art. 3:89 lid 1 en 3:186 lid 1 BW).

2. De bevoegdheid van de notaris als procesvertegenwoordiger is niet nieuw. Te denken valt aan verzoeken met betrekking tot executie bij hypotheek (art. 549 Rv, huurbeding), en procedures tot het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk (art. 1:119 BW). Wat de executie bij hypotheek betreft, kondigt de minister *en passant* het voornemen aan om de notaris ook bevoegd te maken tot het indienen van een verzoek om verlof tot onderhandse verkoop (art. 548 Rv). Wat de huwelijkse voorwaarden betreft, zij bedacht dat in wetsvoorstel 28 867 is voorgesteld de eis van rechterlijke goedkeuring te schrappen en daarmee dus ook de notariële bijstand bij het verkrijgen van die goedkeuring.¹⁶

3. Ook voor de notaris geldt dat hij de partijen volledig dient te informeren over de gevolgen van de echtscheiding (verdeling, pensioen, alimentatie). Dit ligt immers besloten in de voor notarissen in wet en jurisprudentie vastgelegde *Belehrungspflicht*.

4. In de praktijk van de flitsscheiding is een kring van goed opgeleide en ervaren notaris-scheidingsbemiddelaars ontstaan. En omdat de kosten vooral gaan zitten in de onderhandelingen, kunnen de kosten van de scheiding lager uitvallen als de notaris daarbij toch al was betrokken.

Wat hiervan te denken? Weinigen zullen betwisten dat de argumentatie tamelijk dun is. Zij komt erop neer dat het in bepaalde gevallen door betrokkenen als onnodig kan worden ervaren dat zij ook nog een advocaat moeten inschakelen, en voorts dat notarissen voldoende deskundig zijn om deze zaken te behandelen. De vereenvoudiging bestaat er louter in dat in die gevallen naast de notaris niet ook nog een advocaat moet worden ingeschakeld.¹⁷

Als het uitsluitend gaat om de vraag of de notaris in de in het wetsvoorstel bedoelde gevallen bevoegd kan worden gemaakt om de echtgenoten te vertegenwoordigen, acht ik de gegeven argumentatie voldoende dragend. Voor het handhaven van een domeinmonopolie behoort de bewijslast te liggen bij degene die het monopolie wenst te handhaven. Ik meen dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat de exclusieve positie van de advocatuur in deze zaken noodzakelijk is. Ook de notaris kan deze zaken behandelen.

Iets heel anders is dat op de achtergrond de vraag aan de orde is of er niet een vorm van scheiding zonder rechter moet komen. Het wetsvoorstel lijkt vooral ingegeven door de wens om 'iets' te doen aan de echtscheidingsprocedure, als het maar niet de invoering is van een administratieve echtscheiding. Een beoordeling van de vraag of een administratieve scheiding moet worden ingevoerd, gaat het bestek van dit artikel te buiten.¹⁸ Wel meen ik dat Schonewille, die recent in het WPNR nog eens een lans heeft gebroken voor een administratieve scheiding, een aantal interes-

16 Zie de tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het BW (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 4.

17 Niet gemotiveerd is waarom de notaris *steeds* bevoegd zal zijn, en niet slechts als hij toch al (als enige) was ingeschakeld. Vermoedelijk vond de regering het lastig, en ook niet nodig, om op dat punt een nader onderscheid te maken.

18 Ik zou daar overigens vóór zijn.

sante observaties maakt.¹⁹ Zo wijst hij erop dat ongehuwde samenlevingspartners, die zich voor een samenlevingsovereenkomst vrijwel altijd tot de notaris wenden, zich ook in geval van verbreking van de samenleving voor de afwikkeling dikwijls tot de notaris wenden. Nu daarbij sinds 1 maart 2009 een ouderschapsplan zal moeten worden opgesteld, indien zij gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun minderjarige kinderen (art. 1:247a BW),²⁰ zal de notaris ook daarbij behulpzaam zijn. Is het dan niet tegenstrijdig, aldus Schonewille, dat wetsvoorstel 31 714 de deur voor de notaris gesloten houdt als er kinderen in het spel zijn? Daar zit zeker wat in, maar gelet op de afspraken in het coalitieakkoord valt niet te verwachten dat het pleidooi van Schonewille om door amendering van het wetsvoorstel alsnog te komen tot een regeling voor administratieve echtscheiding, succes zal hebben.²¹

5 Wat grepen uit de ingekomen adviezen

Zoals gebruikelijk zijn over het voorstel diverse betrokken organisaties geconsulteerd. Het is niet verwonderlijk dat het voorstel van notariële zijde is verwelkomd: de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) is vóór. Zij wijst erop dat de (inmiddels afgeschafte) regeling van de flitsscheiding heeft geleid tot goed opgeleide en ervaren scheidingsbemiddelaars en dat de notaris gewend is aan het maken van overeenkomsten tussen mensen met verschillende belangen en zijn zorgplicht daarin kent. Wel betreurt de KNB het dat de uitbreiding slechts geldt als er geen minderjarige kinderen zijn.

Van de zijde van de advocatuur is kritisch gereageerd. De Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) is bepaald niet enthousiast. Zo leidt het voorstel volgens de NOvA niet tot een 'wezenlijke verruiming van de toegang tot het recht' (dat klinkt wat dubbelhartig voor een domeinmonopolist) en evenmin tot een reductie van kosten. Verder benadrukt de NOvA dat notarissen geen procestraditie of proceservaring hebben, die zij wel nodig zullen hebben als het bijvoorbeeld gaat om nevenverzoeken en voorlopige voorzieningen. Ook wijst de NOvA erop dat het notariële tuchtrecht niet is toegesneden op procederen voor twee partijen. Het advocaten-tuchtrecht is dat volgens haar wel, waarbij benadrukt wordt dat het ook voor een advocaat 'heel delicaat' is om voor twee partijen op te treden.

Ook de vereniging van Familierechtadvocaten Scheidingsmediators (vFAS) is – niet verrassend – tegen het voorstel. De bezwaren worden zwaar aangezet: zij voorspelt dat de kwaliteit van de rechtshulp bij echtscheiding zal verslechteren en

19 F. Schonewille, 'Pleidooi voor een weloverwogen positie voor de echtscheidingsnotaris en – op de valreep – voor een administratieve echtscheiding,' *WPNR* 2009, p. 598 e.v.

20 Deze voorwaarde komt niet geheel overeen met die voor gehuwden in art. 815 lid 2 Rv.

21 Ook gelet op art. 97 Reglement van Orde van de Tweede Kamer lijkt een amendement weinig kansrijk. Als ik mij over het door Schonewille geformuleerde conceptamendement één opmerking mag veroorloven: daarin ontbreekt nog de noodzakelijke afstemming op wetsvoorstel 28 867. Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 12, derde nota van wijziging, artikelen IVA en IVB.

dat de maatschappelijke kosten zullen stijgen.²² Net als de NOvA wijst de vFAS op het tuchtrecht, dat bij advocaten beter zou zijn toegesneden op belangenconflicten dan bij de notarissen. Ik kom daar straks op terug. Een ander bezwaar ziet de vFAS in het feit dat het voorstel ertoe zal leiden dat de notaris straks het ‘hele traject’ kan verzorgen: van huwelijkse voorwaarden, tot echtscheiding en eventuele transportaktes in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap. Dit zou kunnen meebrengen, zo meent de vFAS zonder dit overigens toe te lichten, dat de onafhankelijkheid van de notaris in het gedrang komt. Evenmin overtuigend is het ‘dogmatisch bezwaar’ dat de notaris nu voor het eerst bevoegd zou worden in een echte conflictsituatie te bemiddelen totdat overeenstemming is bereikt.²³ Interessanter is het bezwaar dat de vFAS ziet in de ministerieplicht van de notaris: hij mag zijn diensten niet weigeren. Dat brengt volgens vFAS mee dat ook onge-specialiseerde notarissen echtscheidingen zullen doen. Ik kom hierop nog terug. En als het dan toch zou moeten komen van notariële procesvertegenwoordiging bij echtscheiding, acht de vFAS het in elk geval nodig om deze voor te behouden aan gespecialiseerde notarissen, die lid zijn van de Vereniging van mediators en scheidingsbemiddelaars in het notariaat (VMSN).

In de rechterlijke macht roept het voorstel gemengde gevoelens op. Aan de ene kant toont de *Raad voor de rechtspraak* zich kritisch. De raad ziet niet in welke vereenvoudiging bereikt wordt met het voorstel en meent dat het voor een rechtzoekende alleen maar onduidelijker wordt tot wie hij zich moet wenden voor een echtscheidingsprocedure. In de tweede plaats vreest de raad dat ook niet-gespecialiseerde notarissen gebruik zullen maken van de voorgestelde mogelijkheden, terwijl binnen de advocatuur inmiddels nu juist het besef leeft dat familiezaken overgelaten moeten worden aan specialisten. Ten slotte betwijfelt de raad of aan het voorstel in de praktijk wel behoefte zal bestaan, aangezien de meeste rechtzoekenden zich volgens de raad toch eerst tot een advocaat wenden en eventueel pas later tot een notaris.

Minder afwijzend reageert de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, die meent dat het notariaat voldoende in staat zal zijn tot een zorgvuldige voorbereiding en indiening van echtscheidingsverzoeken.

Alles bijeen laten de adviezen naar aanleiding van de consultatie dus een gemengd beeld zien. Nu wordt de rechtspraktijk naar mijn ervaring vaak gekenmerkt door een natuurlijk conservatisme, als het gaat om verandering van wetgeving (*if it ain't broken, don't fix it*). Deze nuchtere (of zelfs sceptische) houding kan in het algemeen geen kwaad. Maar als het gaat om domeinmonopolies, acht ik dit niet de juiste benadering. Het argument dat de notaris geen procestraditie heeft, overtuigt mij niet als het gaat om de vraag of dat zo moet blijven.

22 Meer tijd en geld kan volgens de vFAS worden bespaard indien het de advocaat-scheidingsbemiddelaar wordt toegestaan om bijvoorbeeld de levering van een woning zelf af te wikkelen. Als dit voorstel serieus gemeend zou zijn, getuigt het van weinig inzicht in de risico's en moeilijkheden die zich bij de levering van onroerende zaken kunnen voordoen (en de bescheiden notariële tarieven daarvoor).

23 Vergeten is kennelijk het in 1992 afgeschafte instituut van het ‘proces-verbaal van zwaarigheden’, dat de notaris diende op te maken als zijn bemoeienissen deelgenoten in een onverdeelde boedel *niet* tot elkaar hadden gebracht.

6 De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel

De behandeling van het wetsvoorstel verloopt niet erg snel. Nadat het wetsvoorstel in juni 2008 voor advies aan de Raad van State was voorgelegd, kon het in september 2008 bij de Tweede Kamer worden ingediend. Na het verslag van de Tweede Kamer (november 2008), is het echter tot nu toe van regeringszijde stil gebleven. Het advies van de Raad van State is tamelijk kritisch.²⁴ De raad meent dat de huidige procedure voor echtscheiding niet ingewikkeld is. Onduidelijk is dan ook om welke reden hier een wijziging nodig is, alsmede waarom toekenning van bevoegdheden aan de notaris enig probleem zou oplossen. Daarnaast meent de raad dat wanneer de notaris als raadsman taken kan gaan vervullen buiten zijn huidige terrein, de grens tussen de eigen specifieke functies van notarissen en advocaten (verder) kan vervagen. Hoewel de raad deze grens dus kennelijk van belang acht, licht hij niet toe waarom dat zo is.

Belangrijker echter – aldus de raad – is het bezwaar dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris in het gedrang kunnen komen als hij optreedt voor beide partijen, wier materiële en daardoor mogelijk ook processuele belangen uiteenlopen of uiteen gaan lopen. Inderdaad zullen achter de overeenstemming tussen de echtgenoten over de voorgenomen echtscheiding conflicten schuilgaan die elk moment de kop op kunnen steken. Om die reden heeft het optreden voor beide partijen iets van ‘op eieren lopen’. Ik denk echter dat de notaris hiervoor niet minder geëquipeerd is dan de advocaat, voor wie onpartijdigheid in de regel niet vanzelf spreekt. Juist voor de notaris geldt immers dat hij gewend is om de belangen van meer dan één betrokkene in het oog te houden. Ontstaat er alsnog een tegenstrijdig belang, dan zal de notaris zich net als de advocaat moeten terugtrekken.

Ook de raad slaat aan op de mogelijkheid van gezamenlijk verzochte voorlopige voorzieningen. In het advies wordt onderstreept dat het vragen van voorlopige voorzieningen een verschil van mening tussen de echtgenoten impliceert. Het ligt daarom niet in de rede dat de notaris daarbij kan optreden voor beide partijen. De reactie van de regering komt erop neer dat de wet nu eenmaal ook mogelijk maakt dat een advocaat namens beide echtgenoten om een voorlopige voorziening verzoekt. Wellicht had zij daarbij kunnen wijzen op de mogelijkheid dat wordt vastgelegd welke echtgenoot voorlopig gerechtigd zal zijn tot het gebruik van de echtelijke woning, teneinde de urgentie van de andere echtgenoot als woningzoekende te onderstrepen, of welk bedrag voorlopig aan levensonderhoud verschuldigd is, teneinde de ontvangende echtgenoot te verzekeren van een executoriale titel. Overigens meen ik dat, achteraf gezien, een bepaling over voorlopige voorzieningen misschien beter achterwege had kunnen blijven. Ik denk niet dat iemand zo’n bepaling zou hebben gemist. En als een notaris vervolgens een keer een gemeenschappelijk verzoek om voorlopige voorzieningen deed, zou de rechter zich ongetwijfeld niet door ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag laten weerhouden van een redelijke beslissing.

²⁴ *Kamerstukken II 2008/09, 31 714, nr. 4.*

De scepsis van de Raad van State klinkt door in het verslag van de Tweede Kamer.²⁵ Het CDA steunt de eigen minister, de VVD is eveneens welwillend. Maar de PvdA en de SP zijn niet overtuigd van de noodzaak van het wetsvoorstel. En ook de ChristenUnie acht de voorstellen 'niet per se noodzakelijk'. De minister zal in de nota naar aanleiding van het verslag dus nog enig zendingswerk moeten verrichten.

7 Enkele nadere gedachten

7.1 Uitsluitend deskundige notarissen?

Ik voel er niet voor om notariële procesvertegenwoordiging bij gemeenschappelijke echtscheidingsverzoeken voor te behouden aan notarissen die qua deskundigheid of ervaring aan bepaalde nadere kwalificaties beantwoorden. Een dergelijke beperking geldt ook niet voor advocaten. Ik ga ervan uit dat binnen het notariaat verstandig zal worden omgegaan met nieuwe mogelijkheden, en dat in de praktijk alleen gespecialiseerde notarissen (en dus vooral: VSMN-notarissen) de nieuwe bevoegdheden zullen benutten. Te bedenken valt dat de familiepraktijk door notarissen niet wordt ervaren als erg lucratief. Ik verwacht daarom niet dat deze praktijk voor niet-specialisten grote aantrekkingskracht zal hebben.

En de notariële ministerieplicht dan? Hier zou inderdaad sprake kunnen zijn van een probleem. De notaris heeft een ministerieplicht voor zijn *wettelijke* taken, dat wil zeggen het opmaken van notariële akten in de gevallen dat de wet hem dat opdraagt of een partij dat van hem verlangt, alsmede andere specifiek opgedragen wettelijke taken (art. 2 lid 1 j° art. 21 lid 1 Wet op het notarisambt). De vraag is nu of de bevoegdheden waar het hier om gaat, behoren tot deze wettelijke taken. De regering meent van niet, althans meent dat hier geen ministerieplicht geldt.²⁶ Ik weet niet zo zeker of dat wel juist is. Volgens de memorie van toelichting bij artikel 2 Wet op het notarisambt omvatten de ambtelijke werkzaamheden behalve het opmaken van authentieke akten ook 'de andere werkzaamheden die de notaris op grond van de Wet op het notarisambt of een andere wet verricht'.²⁷ De in het wetsvoorstel aan de notaris toegedachte werkzaamheden zijn daaronder gemakkelijk te begrijpen. De omstandigheid dat het hier niet zou gaan om een 'opdracht' doch slechts om een 'bevoegdheid', maakt dit niet anders. Zo is ook artikel 49 lid 1 Wet op het notarisambt ingekleed als een bevoegdheid, maar staat het een notaris niet vrij om een verzoek op grond van die bepaling zomaar naast zich neer te leggen.²⁸ Zonder nadere toelichting is dus niet duidelijk waarom de regering meent dat een rechtzoekende niet zomaar bij elke – ook niet-gespecialiseerde – notaris zal kunnen aankloppen voor een gemeenschappelijk echtscheidingsverzoek.

²⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 714, nr. 5.

²⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 714, nr. 3, p. 3.

²⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 16.

²⁸ Vgl. ook B.C.M. Waaijer in zijn bewerking van J.C.H. Melis, *De Notariswet*: 'Volgens art. 2 eerste lid houdt het ambt een bevoegdheid in. De notaris is echter geenszins vrij om daar al dan niet gebruik van te maken. Het publieke recht van de notaris is tevens publieke plicht.' Waaijer, p. 44.

Iets anders is of het de notaris in voorkomende gevallen niet vrijstaat om zijn diensten te weigeren op grond van artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt ('andere gegronde redenen voor weigering'). Want weliswaar dient de notaris te beschikken over een brede deskundigheid, maar het is de vraag of die deskundigheid ook het voeren van echtscheidingsprocedures *moet* omvatten.²⁹ Ook binnen het notariaat is een beweging gaande naar toenemende specialisatie. Zo is het de notaris al toegestaan om zich te afficheren als specialist, mits de aldus aangemeten deskundigheid aantoonbaar aanwezig is. Verder wordt doorverwijzing, althans binnen hetzelfde kantoor, in toenemende mate acceptabel geacht. Men zou dus kunnen redeneren dat een notaris die vooral ondernemingsrechtelijk georiënteerd is, gegronde redenen zal hebben om zich niet te hoeven inlaten met echtscheidingsverzoeken. Als de regering echter wil dat de ministerieplicht niet van toepassing is op de in het wetsvoorstel geregelde zaken, zal daartoe in de wet een uitdrukkelijke voorziening getroffen moeten worden. Nu de deskundigheid van de VSMN-notarissen op zichzelf niet serieus ter discussie staat, lijkt me het argument van de ministerieplicht dan geen doorslaggevend bezwaar tegen het wetsvoorstel.

7.2 Het tuchtrecht bij conflicterende belangen.

Klopt de stelling van de NOvA en de vFAS dat het tuchtrecht van de advocaat betere waarborgen biedt voor een juiste afhandeling in gevallen dat tussen de echtgenoten alsnog onenigheid ontstaat? De gedragsregels voor advocaten kennen op dit punt een heldere regeling (art. 7, cursivering toegevoegd).

- '1 De advocaat mag zich niet met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen belasten indien de belangen van deze partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is.
- 2 De advocaat die de belangen van twee of meer partijen behartigt is *in het algemeen verplicht* zich geheel uit de zaak terug te trekken zodra *een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict* ontstaat.
- 3 De advocaat die in een bepaalde zaak de belangen van twee of meer partijen heeft behartigd en die zich als advocaat van een of meer van die partijen heeft teruggetrokken zal in die zaak of in de voortzetting daarvan niet optreden tegen de partij of partijen ten aanzien waarvan hij zich heeft teruggetrokken.
- 4 Het bepaalde in de voorgaande leden strekt zich uit tot alle advocaten, die deel uitmaken van een zelfde samenwerkingsverband.'

Vergelijkbare regels zouden op hun plaats zijn als een notaris voor beide partijen optreedt. Maar ontbreken die? Slaat men er de Verordening beroeps- en gedragsregels en de bijbehorende toelichting³⁰ op na, dan blijken er wel degelijk vergelijkbare regels te zijn opgenomen:

29 Volgens art. 10 lid 1 Verordening beroeps- en gedragsregels dient de notaris ervoor te zorgen dat zijn kantoor 'alle gebruikelijke notariële diensten' kan bieden.

30 Te raadplegen op <www.knb.nl>.

‘Artikel 1. De notaris gedraagt zich in de uitoefening van zijn beroep en daarbuiten zodanig dat de eer en het aanzien van het notariaat niet worden of kunnen worden geschaad.’

De officiële toelichting vermeldt onder meer:

‘De notaris en kandidaat-notaris moeten terughoudend zijn bij het aanvaarden van opdrachten die tot een belangenstrijd kunnen voeren.’

Blijkens artikel 17 lid 1 Wet op het notarisambt moet de notaris de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid behartigen. De toelichting op de zojuist genoemde Verordening vermeldt daarover:

‘Zodra de notaris na het aanvaarden van een opdracht deze taak om enige reden niet meer kan vervullen dient hij zich volledig terug te trekken. (...) Het is onwenselijk dat de notaris in een dergelijk geval, anders dan voor het geven van de noodzakelijke inlichtingen, met een afzonderlijke partij contact blijft houden omdat dit de indruk van partijdigheid kan wekken.’

Ten slotte wordt in artikel 20 uitdrukkelijk geregeld dat in geval van belangenconflicten ook kantoorgenoten de zaak niet overnemen of voortzetten. Dit geldt niet alleen voor kantoorgenoten die notaris zijn, maar ook voor advocaten:

‘De notaris dient te voorkomen dat in een zaak die hij als notaris behandelt voor twee of meer partijen en waarin een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict is ontstaan of dreigt te ontstaan, een kantoorgenoot in dat conflict voor één of enkele van de partijen gaat optreden.’

De notariële tuchtregels doen in dit opzicht dus geenszins onder voor het advocatentuchtrecht.

7.3 *Honorering en door de overheid gefinancierde rechtsbijstand*

Een ander aandachtspunt is de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand. Op zichzelf bestaat de mogelijkheid dat ook een notaris rechtsbijstand verleent op basis van een toevoeging. De notaris zal dan wel een rechtsbijstandsovereenkomst moeten hebben gesloten met de Raad voor rechtsbijstand.

Een vervolgvraag die rijst is of de notaris verplicht is om te wijzen op de mogelijkheid om gebruik te maken van gefinancierde rechtsbijstand. Voor advocaten is dit

keurig geregeld in artikel 24 Gedragsregels.³¹ Op dit punt ontbreekt een uitdrukkelijke regeling voor notarissen. Wel is artikel 10 Notariële beroeps- en gedragsregels van belang. De notaris moet zijn of haar cliënt tijdig en duidelijk inlichten over de financiële consequenties van zijn werkzaamheden. Hij moet wijzen op de mogelijkheid om tegen gereduceerd tarief op te treden.³² Dit laatste is echter niet hetzelfde als het aanvragen van een toevoeging. Het zou daarom geen kwaad kunnen als uitdrukkelijk geregeld wordt dat de notaris ook dient te onderzoeken of aanspraak bestaat op door de overheid gefinancierde rechtsbijstand. Dat zou kunnen geschieden in een nadere regel door het bestuur van de KNB (art. 89 lid 4 Wet op het notarisambt).

8 Conclusies

Het is nog niet zeker of het wetsvoorstel ook daadwerkelijk zal worden aangenomen. Gelet op de beperkte reikwijdte ervan, zal de *impact* van het wetsvoorstel niet zo groot zijn. Maar wegens het principiële karakter van het domeinmonopolie van de advocatuur, is iedere verschuiving van belang.

Op zichzelf beschouwd, kan met het uitgangspunt van het wetsvoorstel worden ingestemd. Op de achtergrond speelt echter de discussie over administratieve echtscheiding een rol.

Aarzeling is op zijn plaats ten aanzien van de mogelijkheid van voorlopige voorzieningen (en nevenverzoeken) in het kader van gemeenschappelijke echtscheidingsverzoeken. Er lijkt geen groot bezwaar tegen te bestaan als de voorgestelde toevoeging aan artikel 821 Rv niet zou worden gehandhaafd.

Het notariële tuchtrecht voorziet reeds in de belangrijkste aspecten die aan de orde zijn als notarissen procesbevoegdheid krijgen bij gemeenschappelijke echtscheidingsverzoeken. Een aandachtspunt vormt nog de notariële ministerieplicht.

Ten slotte. De eerste tranche van de modernisering van het huwelijksvermogensrecht hield onder meer de schrapping in van de verplichte tussenkomst van een procureur bij verzoeken om verlof voor het maken of wijzigen van huwelijkse voor-

31 Art. 24 Gedragsregels advocatuur luidt (cursivering toegevoegd):

1. Tenzij een advocaat goede gronden heeft om aan te nemen dat zijn cliënt niet in aanmerking kan komen voor door de overheid gefinancierde rechtshulp, is hij verplicht met zijn cliënt bij het begin van de zaak en verder telkens wanneer daartoe aanleiding bestaat, te overleggen of er termen zijn om te trachten door de overheid gefinancierde rechtshulp te verkrijgen.
2. De advocaat zal voor de behandeling van een zaak waarin hij is toegevoegd voor zijn werkzaamheden geen vergoeding, in welke vorm dan ook, bedingen of in ontvangst nemen, afgezien van eigen bijdrage en verschotten volgens de daarvoor geldende regels.
3. Wanneer de cliënt mogelijk in aanmerking komt voor door de overheid gefinancierde rechtshulp en niettemin verkiest daarvan geen gebruik te maken, dient de advocaat dat schriftelijk vast te leggen.

32 Zie art. 10 lid 2 en 4 Verordening beroeps- en gedragsregels:

2. De notaris licht cliënten tijdig en duidelijk voor over de financiële consequenties van zijn inschakeling. De notaris mag de kosten van zijn werkzaamheden niet brengen ten laste van een ander(e) (deel van de) opdracht of een andere opdrachtgever.
4. De notaris wijst de cliënt – waar van toepassing – op het maximumtarief als bedoeld in artikel 56 Wet op het notarisambt, tenzij er goede gronden zijn om aan te nemen dat deze niet voor maximering van het tarief in aanmerking komt.

waarden staande huwelijk (art. 1:119 BW).³³ Als argument daarvoor is indertijd aangevoerd dat inschakeling van een extra juridische deskundige onnodig kostenverhogend werkt en de meerwaarde te verwaarlozen valt. De Tweede Kamer omarmde het voorstel. Inmiddels is niet alleen het instituut van de procureur geheel afgeschaft,³⁴ maar heeft de regering ook voorgesteld om de tussenkomst van de rechter te schrappen bij het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk.³⁵

Wie verlangt naar de mogelijkheid dat zonder tussenkomst van de rechter kan worden gescheiden, zal wellicht hopen op een parallelle ontwikkeling. Nu eerst een kleine beperking van het procesmonopolie van de advocatuur, en dan komt daarna de positie van de rechter...

33 Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 275.

34 Wet van 20 maart 2008, *Stb.* 100.

35 *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 4.